



Entendimento do STF sobre Cosip deve influenciar leis municipais

O interesse em escrever sobre o presente tema vem de longa data. Em 2006, os Professores Heleno Taveira Torres e Adilson Rodrigues Pires me convidaram para participar como co-autor do livro denominado *Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Escrevi sobre “O Limite das Reformas Constitucionais em Matéria Tributária”^[1]. Naquele texto, então publicado, pude apontar que o legislador constituinte derivado havia promulgado sucessivas Emendas Constitucionais, objetivando corrigir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Vale destacar especialmente as Emendas Constitucionais 29/00, a 33/01 e 39/02 que versaram, respectivamente, sobre a possibilidade de instituir-se:

- (i) a progressividade fiscal do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU)^[2];
- (ii) o ICMS-importação sobre aquisição de mercadorias importadas por pessoa física, (ainda que não contribuinte)^[3] e pela pessoa jurídica, independente da circunstância de a mercadoria vir a integrar ao ativo fixo ou se destine ao consumo^[4] e
- (iii) a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública^[5].

Lancei, ao final daquele texto, a seguinte indagação: sobre este tema, o Prof. Ricardo Lobo Torres ainda não teve a oportunidade de se manifestar. Certamente o homenageado focará na busca da justiça fiscal. Aguardemos a orientação do STF. ^[6]

Com efeito, havia decisões reiteradas e por maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal reconhecendo o afastamento da exigibilidade das exações na forma preconizada pelas legislações de centenas de Estados e Municípios, todavia o poder legislativo editou norma constitucional superveniente possibilitando o restabelecimento daquelas cobranças outrora declaradas inconstitucionais. Haveria, então, uma combinação de poderes^[7]? Um sistema de pesos e contrapesos^[8]?

A oportunidade do desenvolvimento do tema sob análise decorreu de um debate havido em sala de aula, na cadeira de Teoria do Estado, no Mestrado em direito da UCAM. O tema era o ativismo judicial, utilizando-se como paradigma os textos de leitura obrigatória escritos por Oscar Vilhena Vieira e Luis Roberto Barroso, respectivamente *Supremocracia*^[9] e *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*^[10].

O ponto controvertido decorrente do cotejo dos temas ora expostos, residia na análise no Brasil da onda de ativismo judicial que tomou conta dos tribunais, especialmente do STF, *versus* as sucessivas correções legislativas da jurisprudência destas mesmas cortes jurisdicionais.

A conclusão durante os debates havidos, era no sentido da ocorrência de um déficit democrático na primeira hipótese. O STF está hoje no centro do nosso sistema político, o que se traduz numa crise da representatividade dos demais poderes constituídos: ele cria regras, interpreta a constituição, faz papel de legislador.

Todavia, essa “supremocracia” tem encontrado um freio, diga-se freqüente, através da chamada correção



legislativa da jurisprudência, em que o legislador constituinte derivado, de forma objetiva e consciente, promulga sucessivas emendas constitucionais, especialmente em matéria tributária, corrigindo a orientação do Pretório Excelso.

É precisamente sobre a análise do Recurso Extraordinário 573.675-0, onde o Pleno do STF, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, declarou a constitucionalidade da contribuição de iluminação pública, instituída com base no artigo 149-A, da CR/88, que versa o presente estudo.

No que se refere à origem da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, importante mencionar que esta tem sua gênese no intuito de o legislador pátrio contornar normativamente – como sói ocorrer em nosso ordenamento tupiniquim – a reiterada jurisprudência firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade das leis que instituíram a taxa de iluminação pública em diversos municípios, sob o fundamento principal de que tal exação não preenchia os requisitos necessários a legitimar a cobrança de uma taxa de serviço.

O STF partiu da premissa de que o serviço de iluminação pública não se insere nem na categoria de serviço divisível, nem tampouco se encaixa no conceito de um serviço específico, logo, uma taxa que pretenda custear o serviço de iluminação pública não terá efetivamente um fato gerador típico de tal espécie tributária, portanto, será ilegítima e inconstitucional a sua cobrança. E assim foi se consolidando a jurisprudência do Pretório Excelso:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. IPTU. AUMENTO DA RESPECTIVA BASE DE CÁLCULO, MEDIANTE APLICAÇÃO DE ÍNDICES GENÉRICOS DE VALORIZAÇÃO, POR LOGRADOUROS, DITADOS POR ATO NORMATIVO EDITADO NO MESMO ANO DO LANÇAMENTO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. SERVIÇO PÚBLICO QUE NÃO SE REVESTE DAS CARACTERÍSTICAS DE ESPECIFICIDADE E DIVISIBILIDADE. Somente por via de lei, no sentido formal, publicada no exercício financeiro anterior, é permitido aumentar tributo, como tal havendo de ser considerada a iniciativa de modificar a base de cálculo do IPTU, por meio de aplicação de tabelas genéricas de valorização de imóveis, relativamente a cada logradouro, que torna o tributo mais oneroso. Caso em que as novas regras determinantes da majoração da base de cálculo não poderiam ser aplicadas no mesmo exercício em que foram publicadas, sem ofensa ao princípio da anterioridade. No que concerne à taxa de iluminação pública, é de considerar-se que se trata de serviço público insuscetível de ser custeado senão por via do produto dos impostos gerais. Recurso não conhecido. (RE nº. 234.605/RJ. Rel. Min. Ilmar Galvão. j. 08/08/00. DJ. 01/12/00)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. MUNICÍPIO DE IVOTI, RS. I. – Ilegitimidade da taxa, dado que o serviço de iluminação pública é um serviço destinado à coletividade toda, prestado uti universi e não uti singuli. II. – Precedentes do STF. III. R.E. inadmitido. Agravo não provido. (AI-AgR nº. 231.132RS. Rel. Min. Carlos Velloso. j. 25/05/99. DJ. 06/08/99)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. MUNICÍPIO DE ANDRADAS, MG. I. – Ilegitimidade da taxa, dado que o serviço de iluminação pública é um serviço destinado à coletividade toda, prestado uti universi e não uti singuli. II. –



Precedentes do STF. III. – Agravo não provido. (RE 385955 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 19/08/2003, DJ 26-09-2003 PP-00023 EMENT VOL-02125-04 PP-00741)

Tantos os precedentes em que o Pretório Excelso esposou tal entendimento que aquela corte o sumulou por meio do verbete 670, asseverando que “o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”.

Pois bem. A maioria das Comunas brasileiras decerto não se conformou com o entendimento pretoriano sobre a inconstitucionalidade da antiga taxa de iluminação pública, considerando que o cenário administrativo-financeiro municipal, no que se refere ao tema, não se mostrava equilibrado. Os municípios dependem, em regra, das concessionárias de fornecimento de energia elétrica para prestarem o serviço de iluminação pública, estas, por sua vez, devem ser pagas pela energia elétrica que fornecem e quem lhes deve remunerar são os entes municipais. Ora, sem uma fonte de recursos específica para compensar tais gastos com as concessionárias, o orçamento público municipal fica deveras comprometido, mormente quando se trata de municípios com extensa faixa territorial, o que é típico de um país como o nosso que tem dimensões continentais.

Diante de tal situação, os entes municipais se articularam politicamente para provocar a alteração da legislação pátria, a fim de permitir que se pudesse, constitucionalmente, promover a cobrança de valores destinados ao custeio do referido serviço estatal, equalizando, assim, o orçamento público. Essa articulação gerou o encaminhamento de Propostas de Emenda a Constituição objetivando incluir o artigo 149-A na CR/88, a fim de possibilitar a instituição de nova espécie tributária, com a única finalidade de suprir a incapacidade da maioria dos municípios brasileiros custearem a iluminação pública, cuja arrecadação, via taxa, havia sido declarada inconstitucional pelo STF.

Oportuno transcrever parte da justificativa contida na PEC 504/99^[11] enviada ao Congresso, já que corrobora as assertivas acima lançadas, *verbis*:

[...] É de todos sabido que muitos Municípios brasileiros vinham instituindo e cobrando a taxa de iluminação pública para fazer face aos custos da implantação desse serviço indispensável para as comunidades urbanas.

O Supremo Tribunal Federal, porém, já firmou jurisprudência no sentido de considerá-la inconstitucional, por não se tratar de serviço público específico e divisível e, em certos casos, por ter ela base de cálculo coincidente com a de impostos, como o imposto predial e territorial urbano (IPTU).

Como os Municípios não têm condições efetivas de custear a iluminação pública através de seus impostos e também não podem permanecer inadimplentes com as empresas concessionárias ou distribuidoras de energia elétrica, a solução que se alvitra é a de emendar-se a Constituição, para que eles possam vir a instituir e cobrar uma contribuição de iluminação pública, dentro da legalidade e sem os percalços das demandas judiciais. [...]

De toda forma, foi o texto da PEC 559/02^[12], apensado ao da PEC 504/02, aquele que restou convertido na então Emenda Constitucional 32/02 e, surgida a espécie tributária Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública, inaugurou-se o palco de discussão doutrinária acirrada sobre



a sua eventual – ainda – inconstitucionalidade[13], mas sobre esse assunto, discorreremos mais adiante.

Correção legislativa

A correção legislativa se dá por meio de emenda constitucional, lei complementar ou lei ordinária. W. N. Eskridge Jr., no completo estudo sobre o tema, *Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions*, de leitura obrigatória, esclarece que a correção ocorre quando o Congresso reage e modifica conscientemente uma interpretação judicial.[14]

Nesse caso, a atividade do legislador implica no

[...] radical repúdio à interpretação judicial, pela edição de norma intencionalmente contrastante com a jurisprudência e na retificação da norma anterior, que, por ambigüidade ou falta de clareza, tenha levado o Judiciário a adotar interpretação incompatível com os pressupostos doutrinários da matéria.[15]

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no seu brilhante artigo *Interferências entre Poderes do Estado*,[16] expõe que quando determinado Poder, dentro do exercício do desempenho de suas funções, tem o condão de sustar ou desfazer atos praticados por um outro, resta caracterizado o chamado controle de correção.[17] Nas palavras do autor, “pela correção, realiza-se a mais drástica das modalidades de controle, cometendo-se ao Poder interferente a competência constitucional de suspender a execução, ou de desfazer, atos do Poder interferindo que venham a ser considerados viciados de legalidade ou de legitimidade.”[18]

José Afonso da Silva entende que a interferência entre poderes é um instrumento de controle recíproco que visa buscar o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade, sendo indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e, especialmente, dos governados.[19]

Dentro desse contexto, como já mencionado na Introdução, surgiu o interesse do presente trabalho, tendo em vista que o legislador constituinte derivado promulgou a Emenda Constitucional 39/02, objetivando claramente corrigir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, passando a CR/88 a contar com mais um artigo, *in verbis*:

Art. 149-A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o *caput*, na fatura de consumo de energia elétrica.

Em outras palavras, depois que o Supremo Tribunal Federal havia dado ganho de causa aos contribuintes em face das legislações Municipais, reconhecendo a inexistência da relação jurídico-obrigacional que lhes exigisse recolher a taxa de iluminação pública estabelecida nas respectivas leis, veio o legislador constituinte derivado e promulgou emenda superveniente para corrigir a jurisprudência então firmada.

Iterativa era a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em afastar a aplicação de leis municipais que instituíam a Taxa de Iluminação Pública. No que diz respeito ao tema, malgrado a lamentável



flexibilização pelo STF quanto à impossibilidade das taxas terem bases de cálculo própria[20] ou idêntica [21] de impostos (CR/88, artigo 145, parágrafo 2º.), vedação estendida aos fatos geradores (CTN, artigo 77, parágrafo único), o mesmo tribunal sempre foi muito rígido em reconhecer a necessidade das mesmas serem decorrentes de serviço público específico e divisível prestado[22] ou posto à disposição dos contribuintes.

Em outras palavras, ressalvado meu entendimento pessoal já manifestado em sede doutrinária[23] no sentido da não aceitação da flexibilização da identidade/impropriedade da base de cálculo das taxas *versus* a de impostos, o que, repita-se, cada vez mais está sendo abrandado pelo STF, o tribunal permanece firme no entendimento quanto à inespecificidade e indivisibilidade dos seguintes serviços públicos:

Informativo 141 do STF

O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa, uma vez que não configura serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição (CF, art. 145, II). Com base nesse entendimento, o Tribunal, concluindo o julgamento de recursos extraordinários (v. Informativo 138), por votação unânime, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Niterói – RJ (arts. 176 e 179 da Lei nº 480/83, na redação dada pela Lei 1.244/93, ambas do Município de Niterói-RJ). RREE 231.764-RJ e 233.332-RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, 10.3.99.

Informativo 259 do STF

Com base na jurisprudência firmada pelo Plenário no julgamento do RE 121.617-SP (DJU de 6.10.2000) no sentido de que o serviço de "construção, conservação e melhoramento de estrada de rodagem" não pode ser remunerado mediante taxa uma vez que não configura serviço público específico e divisível posto à disposição do contribuinte (CF, art. 145, II), o Tribunal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Complementar 37/98, do Município de Aracaju-SE, e dos artigos 3º a 6º da Lei 3.133/89, do Município de Araçatuba-SP, que instituíam a cobrança de taxas sobre a conservação e manutenção das vias públicas, cujas bases de cálculo eram próprias de imposto. RE 293.536-SE, rel. Min. Néri da Silveira, e RE 259.889-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 7.3.2002.(RE-293536)(RE-259889)

Informativo 292 do STF

É inviável a cobrança de taxa quando vinculada não somente a serviço público de natureza específica e divisível, como a coleta de lixo domiciliar, mas também a prestações de caráter universal e indivisível como a limpeza de logradouros públicos, varrição de vias públicas, limpeza de bueiros, de bocas-de-lobo e das galerias de águas pluviais, capina periódica e outros. Com base nesse entendimento, a Turma deu provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que entendera que a Taxa de Limpeza Pública cobrada pelo Município de Belo Horizonte custeava serviço de caráter divisível e específico. Precedente citado: RE 245.539-RJ (DJU de 3.3.2000). RE 361.437-MG, rel. Ministra Ellen Gracie, 19.11.2002. (RE-361437)

Informativo 301 do STF



Concluindo o julgamento de embargos de divergência (v. Informativo 288), o Tribunal, por maioria, decidiu que os serviços públicos custeados pela taxa de coleta de lixo domiciliar instituída pela Lei 691/84, do Município do Rio de Janeiro, não são específicos e divisíveis para efeito do art. 145, II, da CF ("Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: ... II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços público e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição"). Entendeu-se que o referido tributo vincula-se à prestação de serviços de caráter geral (varrição, lavagem e capinação de vias e logradouros públicos, limpeza de praias e outros), insusceptíveis de serem custeados senão por via do produto de impostos. Vencido o Min. Gilmar Mendes. RE (EDv-ED) 256.588-RJ, rel. Ministra Ellen Gracie, 19.3.2003. (RE-256588)

Isto significa dizer que a jurisprudência pátria não contrastava, antes da promulgação da EC 39/02, com os princípios gerais do direito. As doutrinas nacional e estrangeira caminhavam juntas ao afastar a incidência de taxas quando não fosse possível fixar o contribuinte/beneficiário. E, neste contexto, veio à baila a EC 39/02, a qual teve que introduzir um novo artigo, antes inexistente, nessa grande colcha de retalhos que é a nossa Carta Magna. Este novel dispositivo (CR/88, artigo 149-A), a meu ver criou um quarto gênero de contribuições[24], até então não previsto no ordenamento sistêmico tupiniquim.

Seria esta emenda inconstitucional? O raciocínio é simples. Para o STF, seguindo a orientação jurisprudencial brasileira, somente se declara inconstitucional uma norma se ela ofender uma cláusula pétrea (ADI 939)[25]. No *leading case* julgado pelo STF sobre a constitucionalidade do IPMF, ficou assentado que todos os demais princípios constitucionais dispostos fora do artigo 5º, da CR/88, que trata dos direitos e garantias individuais, não podem ser abolidos nem por emenda constitucional superveniente, o que implica afirmar que toda e qualquer modificação à Carta Magna que pretendesse afastá-los, deveria ser considerada inconstitucional.

Vejamos, pois, o entendimento fixado pelo STF no *leading case* sobre o tema, ao qual foi atribuída repercussão geral.

A constitucionalidade da matéria

Em março de 2009, foi concluído pelo STF o julgamento do RE 573.675, Santa Catarina, onde por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, o Pleno do Tribunal desproveu recurso extraordinário interposto (diga-se, de duvidosa legitimação ativa) pelo Ministério Público Estadual em face do Município de São José. Trata-se do *leading case* na matéria posterior à EC 39/02, em que o Pretório Excelso teve a oportunidade de manifestar-se sobre a constitucionalidade da cobrança de contribuição para o custeio de iluminação pública.

A rigor, em 25 de março de 2009, foi julgado pelo STF o paradigma, ao qual foi atribuído o efeito de repercussão geral, restando assente a constitucionalidade da lei do Município de São José que instituiu a COSIP:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RE INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – COSIP.



ART. 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR 7/2002, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ, SANTA CATARINA. COBRANÇA REALIZADA NA FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA. UNIVERSO DE CONTRIBUINTES QUE NÃO COINCIDE COM O DE BENEFICIÁRIOS DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO O CUSTO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA E O CONSUMO DE ENERGIA. PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA QUE EXPRESSA O RATEIO DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO MUNICÍPIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA. EXAÇÃO QUE RESPEITA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I – Lei que restringe os contribuintes da COSIP aos consumidores de energia elétrica do município não ofende o princípio da isonomia, ante a impossibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública. II – A progressividade da alíquota, que resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva. III – Tributo de caráter *sui generis*, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. IV – Exação que, ademais, se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. V – Recurso extraordinário conhecido e improvido. (RE 573675, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-094 DIVULG 21-05-2009 PUBLIC 22-05-2009 EMENT VOL-02361-07 PP-01404 RTJ VOL-00211- PP-00536 RDDT n. 167, 2009, p. 144-157 RF v. 105, n. 401, 2009, p. 409-429)

Para fins de reconhecimento da inconstitucionalidade de uma emenda constitucional superveniente é fundamental verificar o malferimento a algum princípio, seja ele implícito ou expresso (há – lamentável – tradição positivista no país de só reconhecer a existência dos princípios quando eles aparecem formalmente no texto básico)[26].

No caso *sub judice*, entendeu o STF que os princípios da isonomia, capacidade contributiva, razoabilidade e proporcionalidade foram observados. Vejamos.

O princípio da isonomia em matéria tributária encontra guarida no artigo 150, II da CR/88 e veda que seja promovida qualquer distinção entre contribuintes que estejam na mesma situação jurídica, impedindo da mesma forma a eleição de critérios que os diferenciem em razão da ocupação profissional ou função exercida, bem como na denominação dos rendimentos, títulos ou direitos.

No entanto, é possível, em casos excepcionais, conceder tratamento tributário diferenciado a determinada categoria ou segmento social, desde que tutelado pelo ordenamento jurídico e sob critérios de discriminação também juridicamente válidos. No caso específico da COSIP instituída no Município de São José, o Ministério Público Estadual de Santa Catarina alegou suposta violação à isonomia em razão de não terem sido incluídos no rol de contribuintes, todos aqueles que efetivamente se beneficiam do serviço de iluminação pública (de caráter geral e indivisível).

Pois bem. Em seu voto no RE 573.675-SC, o Min. Ricardo Lewandowski refuta tal alegação com argumento de autoridade, no sentido de que uma vez admitida a constitucionalidade do artigo 149-A da



CR/88 que previu a possibilidade de cobrar-se a referida contribuição na fatura de energia elétrica, há de admitir-se que tal dispositivo constitucional mitigou a aplicação do princípio da isonomia^[27] em virtude das especificidades da própria espécie tributária.

Quanto ao princípio da capacidade contributiva – previsto no artigo 145, parágrafo 1º, da CR/88 e que decorre do axioma da isonomia – este orienta que, sempre que possível, os impostos devem ser graduados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. A rigor, como leciona Francisco José Carrera Raya^[28], trata-se de aferir a capacidade de pagamento de cada contribuinte de acordo com a específica capacidade econômica eleita pelo legislador como fato gerador do tributo.

Daí questionar se na COSIP está respeitado de forma absoluta tal princípio constitucional tributário e, mais uma vez, o STF contorna tal discussão com a justificativa de que há espécies de tributos, como a taxa, por exemplo, que não permitem a aplicação do princípio da capacidade contributiva em sua inteireza, sem que isso represente afronta ao ordenamento constitucional, sendo, pois, o caso da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública.

Da mesma forma, ainda no bojo do acórdão do *leading case*, entendeu o Pretório Excelso estarem respeitados os critérios da razoabilidade e o da proporcionalidade no fato de serem identificados os sujeitos passivos da COSIP em função da faixa de seu consumo mensal de energia elétrica.

Fato é que aquela Corte Constitucional entendeu que por não ser materialmente possível incluir todos os beneficiários da iluminação pública no pólo passivo da obrigação tributária e por serem os usuários do serviço prestado pelas concessionárias de energia elétrica – identificados nas respectivas faturas – os principais beneficiários daquele serviço de iluminação, mostra-se plenamente razoável e proporcional que sejam eles os sujeitos passivos de tal tributo.

Nesse passo, por não vislumbrar qualquer violação aos princípios ora mencionados e firme na constitucionalidade da alteração promovida pela EC 39/02 ao texto da CR/88, por meio da inserção do artigo 149-A, o STF confirmou no presente paradigma jurisprudencial (RE 573.675-SC) a legitimidade de os municípios e Distrito Federal, mediante a competente lei instituidora da exação, promoverem a cobrança de contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública.

A promulgação da EC 39/02 não teve a finalidade de arrecadar um novo tributo a fim de “buscar o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade”, evitando, por conseguinte, o “arbítrio da decisão do STF” quanto à incidência de uma taxa indivisível e inespecífica.

Joaquim Lang, ao discorrer sobre a plena constitucionalidade da correção legislativa, ressalva, expressamente, que a sua legitimidade é aferida nos casos em que o legislador é movido pelos seguintes objetivos: (i) manter o caráter sistêmico do direito tributário; (ii) adequar a interpretação de normas específicas aos pressupostos dogmáticos em que se deve apoiar.^[29]



Nesses e somente nesses casos, averba o substituto de Klaus Tipke, na cátedra da Universidade de Colônia, a igualdade e a segurança jurídica não são prejudicadas com a correção, mormente quando a jurisprudência se apresenta de forma contraditória e incompleta ou se contrasta com os princípios gerais do direito.^[30] É dentro desse contexto, que critico o fundamento do voto-condutor do julgado.

Pois bem, parece-me inegável que a promulgação da EC 39/02 decorre, do “radical repúdio à interpretação judicial, pela edição de norma intencionalmente contrastante com a jurisprudência e na retificação da norma anterior” ^[31]. Acontece que inexistia ambigüidade ou falta de clareza na norma pretérita que pudesse ter ensejado o judiciário a adotar interpretação incompatível com os pressupostos doutrinários da matéria.

Joaquim Lang, citado por Ricardo Lobo Torres no seu imperdível artigo *A Integração entre a Lei e a Jurisprudência em Matéria Tributária*, assevera que a legitimidade da correção ocorre quando o legislador objetiva manter o caráter sistêmico do direito tributário e adequar a interpretação de normas específicas aos pressupostos dogmáticos em que se deve apoiar^[32].

Nessa linha de pensar, estou convencido de que, notadamente, trata-se aqui de locupletamento do fisco sob o manto do sacrifício coletivo para o bem geral^[33]. O legislador constituinte derivado, ao promulgar a Emenda Constitucional 39/02, não teve a menor pretensão de manter o caráter sistêmico do direito tributário. Na verdade, mais uma vez divorciou-se dos pressupostos dogmáticos em que se deve apoiar, adotando solução tupiniquim que visa, tão somente, resolver os problemas fiscais dos municípios brasileiros.

Partindo-se do comodismo fiscal reinante, possibilitou-se aos municípios deixarem de utilizar os recursos arrecadados pelos impostos, cuja finalidade é, notadamente, destinada às despesas gerais do Estado, entre as quais iluminação e segurança pública e autorizou-se a criação de um quarto gênero de contribuição, cujo objetivo é meramente arrecadatário.

Como um efeito dominó, colocou-se, mais uma vez, em xeque o Poder Judiciário. Digo isto, pois, repise-se, inexistia ambigüidade ou falta de clareza da legislação pretérita que instituía a taxa de iluminação pública, ou seja, o STF ao sumular a inconstitucionalidade da TIP adotou interpretação absolutamente compatível com os pressupostos doutrinários da matéria.

Agora, no paradigma, onde foi atribuído o efeito de repercussão geral, o STF confirmou a sua jurisprudência dominante no sentido de só declarar inconstitucional uma emenda, caso haja ferimento a uma clausula pétreia, *in casu*, princípios constitucionais tributários.

Minha expectativa é um dia poder sustentar a não aplicação de leis legitimadas por emendas constitucionais casuísticas, anti-sistêmicas e fiscalistas, tal como a EC 39/02. Enquanto esta possibilidade não é encampada pela Corte Suprema, caberá ao intérprete a análise pontual de cada legislação municipal de modo a aferir-se a observância, pelas mesmas, dos princípios e garantias constitucionais.

Bibliografia



-
- ANTONELLI, Leonardo Pietro. “O Limite das Reformas Constitucionais em Matéria Tributária”. In *Princípios de Direito Financeiro e Tributário – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.
- _____. “Iptu e a Inconstitucionalidade das Alíquotas Progressivas”. In. Condomínio e Etc. Revista Trimestral da CIPA Administradora de Imóveis, ano 2, n. 7, out/nov/dez 2000.
- _____. “Taxas: origem, características, competência para instituição, preço público, capacidade contributiva e extrafiscalidade”. In *Revista do Instituto Ibero-Americano de Direito Público*, ano 1, nº 1, jan/jun 2000, Editora América Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luis Roberto. Constituição, *Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao-democraciasupremaciajudicial11032010.pdf>>. Acesso em 28set10.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1997.
- CAMPOS, Francisco. *Diretrizes Constitucionais do Novo Estado Brasileiro*. RF 415/417, jan/mar. V. 73. 1938.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1986.
- COCIVERA, Zingali apud DOTT, A. *Principi di Diritto Tributario*, v. I, nota 60, Milano: Giuffrè Editore, ps. 253/254, 1974.
- ESKRINDGE JR., W.N. Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions. *The Yale Law Journal* 101 (2) (331-455, 1991)
- GRECO, Marco Aurélio. “Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico sobre ‘Royalties’”. In *Revista Dialética de Direito Tributário*. vol. 99. dez,2003.
- HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. *The Federalist*, n. 51, 1788.
- MARTINS, Ives Gandra. A Inconstitucionalidade da Norma Antielisão In *Planejamento Tributário & A Norma Geral Antielisão*.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20, 1997.
- MORAES, Bernardo Ribeiro. *Compêndio de Direito Tributário*, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes no Estado: *Revista de Informação Legislativa*, ano 26, n. 103, jul/set 1989.



PIRES, Adilson Rodrigues. *Contradições no Direito Tributário*, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SAMPAIO, Antônio Roberto. *Elisão e Evasão Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Contribuições e federalismo*. São Paulo: Dialética, 2005. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. Edição Póstuma, São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

TORRES, Ricardo Lobo. A Integração entre a Lei e a Jurisprudência em Matéria Tributária: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 3, abril-julho.1993.

_____. *Contradições no Direito Tributário*, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Legalidade Tributária e Riscos Sociais. Revista *Dialética de Direito Tributário*, Vol. 59, ago/2000.

_____. Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, p. 44/240/335, 2000.

_____. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

UKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*, tradução Marco Aurélio Greco, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1976.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. In Revista Direito GV. São Paulo, jul-dez, 2008.

XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1978.

[1] ANTONELLI, Leonardo Pietro. “O Limite das Reformas Constitucionais em Matéria Tributária”. In *Princípios de Direito Financeiro e Tributário – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 691-718.

[2] “Como imposto de natureza real que é, incidindo sobre a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel localizado na zona urbana do Município (CTN, art. 32), o IPTU não pode variar na razão da presumível capacidade contributiva do sujeito passivo (proprietário, titular do domínio útil ou possuidor); a única progressividade admitida pela CF/88, em relação ao mencionado tributo, é a extrafiscal, destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana, nos termos dos arts. 156, § 1º, e 182, § 4º, II, da CF. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria de votos,



declarou a inconstitucionalidade de norma legal do Município de Belo Horizonte que estabelecia a progressividade de alíquotas do IPTU (Lei 5641/89), segundo o valor e a localização do imóvel. Vencido o Min. Carlos Velloso, que admitia a utilização de alíquotas progressivas no IPTU tanto para fins puramente fiscais (CF, art. 145, § 1º), como para fins extrafiscais de política urbana (CF, art. 182, § 4º, II). RE 153.771-MG, rel. Min. Moreira Alves, 20.11.96”. Ver: Informativo STF nº 54.

[3] Por Pessoa Física: “A regra do art. 155, § 2º, IX, a, da CF — que determina a incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento — não se aplica às operações de importação de bens realizadas por pessoa física para uso próprio. Com base nesse entendimento, firmado pelo Plenário no julgamento do RE 203.075-DF (Sessão de 5.8.98, v. em Transcrições do Informativo 128 o voto condutor da decisão), a Turma deu provimento a recurso extraordinário para eximir particular do pagamento do ICMS de veículo importado para uso próprio. RE 202.714-SP, rel. Min. Carlos Velloso, 24.11.98”. Ver: Informativo STF nº 133.

[4] Por Pessoa Jurídica para Integrar Ativo Fixo ou Consumo: “A regra do art. 155, § 2º, IX, a, da CF — que determina a incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento — não se aplica às operações de importação de bens realizada por pessoa jurídica que não seja contribuinte do ICMS. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, manteve decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que excluiu da incidência do ICMS a importação, por pessoa jurídica, de um aparelho de mamografia a ser utilizado na realização de exames radiológicos. Vencido o Ministro Ilmar Galvão, relator, que dava provimento ao recurso extraordinário, por entender que o ICMS incide na importação de qualquer bem. Precedente citado: RE 203.075 (DJU de 29.10.99). RE 185.789-SP, rel. originário Min. Ilmar Galvão, red. para o acórdão Min. Maurício Corrêa, 3.2.2000. Ver: Informativo STF nº 176.

[5] Contribuição de Iluminação Pública: “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa, uma vez que não configura serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição (CF, art. 145, II). Com base nesse entendimento, o Tribunal, concluindo o julgamento de recursos extraordinários (v. Informativo 138), por votação unânime, declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade da taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Niterói – RJ (arts. 176 e 179 da Lei nº 480/83, na redação dada pela Lei 1.244/93, ambas do Município de Niterói-RJ). RREE 231.764-RJ e 233.332-RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, 10.3.99” Ver: Informativo STF nº 141

[6] ANTONELLI, Leonardo Pietro. “O Limite das Reformas Constitucionais em Matéria Tributária”. In *Princípios de Direito Financeiro e Tributário – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

[7] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1986. p. 195.

[8] HAMILTON, A.; JAY, J. MADISON, J. *The Federalist*, n. 51, 1788.



[9] Vide: VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. In *Revista Direito GV*. São Paulo, jul-dez, 2008. p.446.

[10] BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em:

[11] Consulta ao inteiro teor da Proposição nº. 504/02 e sua tramitação disponível no sítio da Câmara dos Deputados no endereço: < http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=46696>. Acesso em 16/09/10.

[12] Consulta ao inteiro teor da Proposição nº. 559/02 e sua tramitação disponível no sítio da Câmara dos Deputados no endereço:

[13] Sobre o assunto Hugo de Brito Machado Segundo sustenta que com relação ao teor do art. 149-A da CR/88 que “[...] é bastante discutível a validade de REFERIDA DISPOSIÇÃO. Não existe finalidade ‘social’ a ser atendida, nem existe um grupo específico interessado no atendimento dessa finalidade (a ela indiretamente referido), que a rigor beneficia toda sociedade”. SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Contribuições e federalismo*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 101.

[14] ESKRINDGE JR., W.N. Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions. *The Yale Law Journal* 101 (2) (331-455, 1991)

[15] TORRES, Ricardo Lobo. A Integração entre a Lei e a Jurisprudência em Matéria Tributária: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 1, n. 3, abril-julho, 1993. p. 12.

[16] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes no Estado: *Revista de Informação Legislativa*, ano 26, n. 103, jul/set 1989.

[17] Idem, pág. 19: “São exemplos de controle de correção atribuídos ao Legislativo, entre outros, os seguintes: o julgamento dos responsáveis em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas (Art. 71, VIII), a rejeição, expressa ou tácita, de medida provisória editada pelo Presidente da República (Art. 62, parágrafo único) e a suspensão do estado de defesa, de intervenção federal e do estado de sítio (Art. 49, IV, *in fine*). A correção, em outros casos, poderá ser parcial, deixando intacto o ato, suspendendo apenas sua execução (exequibilidade), como nas hipóteses de sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (Art. 49, V), na de sustação de atos administrativos pelo Tribunal de Contas (Art. 71, X), na de sustação de contratos pelo Congresso Nacional (Art. 71, § 1º) e na suspensão de execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, esta a cargo do Sendo Federal (Art. 52, X). Finalmente, como últimos exemplos, o controle de correção que se realiza pela mera declaração vinculativa de legalidade das contas do Presidente da República (Art. 49, IX, c/c. Art. 85, V e VI), a instauração de processo contra o Presidente da República e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado (Art. 51, I) e o processamento e o julgamento, pelo Senado, do Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma



natureza conexo com aqueles (Art. 52, I) e o processamento e julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade (Art. 52, II).”

[18] *Ib Ibidem*, p. 18.

[19] SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 97-98.

[20] O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na inicial de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional do Transporte – CNT contra a Taxa de Fiscalização e Controle dos Serviços Públicos Delegados, instituída pela Lei 11.073/97, do Estado do Rio Grande do Sul, cujo valor, a ser pago pelos Delegatários dos Serviços Públicos prestados no referido Estado, é definido de acordo com o faturamento do contribuinte, conforme tabela de incidência progressiva. Afastou-se na espécie a alegação de ofensa ao art. 145, II, § 2º, da CF ("As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos."), uma vez que o referido tributo não incide sobre o faturamento das empresas contribuintes, mas apenas utiliza-o como critério para a incidência de taxas. Vencidos os Min. Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que julgavam procedente o pedido formulado, por considerarem que a variação do valor da taxa em função do faturamento do contribuinte equivaleria à adoção desse faturamento como base de cálculo do tributo. Precedente citado: RE 177.835-PE (DJU de 25.5.01). ADI 1.948-RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 4.9.2002.(ADI-1948)

[21] Concluindo o julgamento de recurso extraordinário (v. Informativo 136), o Tribunal, por maioria, decidiu que é constitucional a taxa de coleta de lixo domiciliar instituída pelo Município de São Carlos – SP (Lei municipal 10.253/89). O Tribunal entendeu que o fato de a alíquota da referida taxa variar em função da metragem da área construída do imóvel – que constitui apenas um dos elementos que integram a base de cálculo do IPTU – não implica identidade com a base de cálculo do IPTU, afastando-se a alegada ofensa ao art. 145, § 2º, da CF ("As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos."). Vencido o Min. Marco Aurélio, que declarava a inconstitucionalidade da referida taxa por ofensa ao art. 145, § 2º, da CF. RE 232.393-SP, rel. Min. Carlos Velloso, 12.8.99.

[22] Com base na jurisprudência firmada pelo Plenário no julgamento do RE 121.617-SP (DJU de 6.10.2000) no sentido de que o serviço de "construção, conservação e melhoramento de estrada de rodagem" não pode ser remunerado mediante taxa uma vez que não configura serviço público específico e divisível posto à disposição do contribuinte (CF, art. 145, II), o Tribunal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Complementar 37/98, do Município de Aracaju-SE, e dos artigos 3º a 6º da Lei 3.133/89, do Município de Araçatuba-SP, que instituíam a cobrança de taxas sobre a conservação e manutenção das vias públicas, cujas bases de cálculo eram próprias de imposto. RE 293.536-SE, rel. Min. Néri da Silveira, e RE 259.889-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 7.3.2002.(RE-293536)(RE-259889)

[23] ANTONELLI, Leonardo Pietro. "Taxas: origem, características, competência para instituição, preço público, capacidade contributiva e extrafiscalidade". In *Revista do Instituto Ibero-Americano de Direito Público*, ano 1, nº 1, jan/jun 2000, Editora América Jurídica, 2000. p. 141-158,

[24] Marco Aurélio Greco refere-se às contribuições interventivas como um terceiro gênero. Cf.



GRECO, Marco Aurélio. “Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico sobre ‘Royalties’”. In *Revista Dialética de Direito Tributário*, vol. 99, páginas 133-151, dez/2003.

[25] STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7/ DF, Relator: Ministro Sydney Sanches.DJ. 18.03.94.

[26] TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 44.

[27] Nas palavras de Ricardo Lewandowski, “[...] o princípio da isonomia, em razão das particularidades da exação em tela, há de ser aplicado com o devido temperamento”. Ver: STF. RE 573675, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2009.

[28] CARRERA RAYA, Francisco José. *Manual de Derecho Financiero*. vol I. Madrid: Tecnos, 1993.p. 92

[29] *Apud* TORRES, Ricardo Lobo. A Integração entre a Lei e a Jurisprudência em Matéria Tributária: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 3, abril-julho 1993, p. 16.

[30] *Idem*, p. 16.

[31] TORES, Ricardo Lobo. A Integração entre a Lei e a Jurisprudência em Matéria Tributária: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 3, abril-julho, p. 12, 1993.

[32] TORRES, Ricardo Lobo. “A Integração entre a Lei e a Jurisprudência em Matéria Tributária”. In *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 3, abril-julho, 1993. p. 16.

[33] Nesse sentido já pude me manifestar no seguinte artigo: ANTONELLI, Leonardo Pietro. “Taxas: Origem, Características, Competência para Instituição, Preço Público, Capacidade Contributiva e Extrafiscalidade”. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, vol. I, Rio de Janeiro: América Jurídica. “Todavia, o que reina no Brasil, principalmente em âmbito municipal – posto que o paradigma utilizado é a taxa de coleta de lixo e limpeza pública – TCLLP –, é a chamada “ilegalidade eficaz”. Tal anomalia, que se justifica para muitos políticos como meio de arrecadação tributária, resulta do entrave que é o acesso ao judiciário pela população em geral e, do outro lado, a absurda coação imposta pelo Fisco em face do pobre (e somente estes) contribuintes inadimplentes. Como exemplo, o Município do Rio de Janeiro que está em franca campanha publicitária no sentido de que o contribuinte tem a última chance de pagar seus débitos em atraso de IPTU, TCLLP e TIP, sob pena de execução fiscal, penhora e conseqüente leilão judicial do seu imóvel. *Ad absurdum*, todos os três tributos supra citados, já foram declarados inconstitucionais (IPTU em parte) pelo egrégio Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, em vez de o contribuinte ser chamado a receber a restituição dos pagamentos indevidos, é executado e a cobrança ilegal continua a ocorrer, locupletando ilicitamente o Fisco sob o manto do “sacrifício coletivo para o bem geral”. [...] “Balela. Tudo balela.”

Date Created



07/10/2010